

## II. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### ROBO CON INTIMIDACIÓN Y TENENCIA ILEGAL DE MUNICIONES

I. NO ES OBLIGATORIO QUE EL FISCAL A CARGO DEL ASUNTO HAYA DE ESPECIFICAR CADA UNO DE LOS PASOS QUE EL PESQUISAMIENTO DEBE ADOPTAR. II. INFORMACIÓN INCORPORADA A FACEBOOK BAJO UN PERFIL PÚBLICO. INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE GARANTÍA DE INVIOABILIDAD DE TODA FORMA DE COMUNICACIÓN PRIVADA. III. INSTRUCCIÓN POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO. PRIMERAS DILIGENCIAS DE LA POLICÍA EFECTUADAS DENTRO DEL MARCO DE LAS ATRIBUCIONES QUE LE RECONOCE LA LEY.

### HECHOS

*Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito consumado de robo con intimidación y el delito de tenencia ilegal de municiones. Defensa de condenado recurre de nulidad; la Corte Suprema rechaza el recurso deducido.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

ROL: *1067-2018, de 28 de febrero de 2018*

PARTES: *Ministerio Público con Miguel Cerón Cerón*

MINISTROS: *Sr. Carlos Künsemüller L., Sra. Andrea María Muñoz S., Sr. Carlos Cerda F., Sr. Manuel Antonio Valderrama R. y Sr. Jorge Dahm O.*

### DOCTRINA

- Respecto a la vulneración de la garantía del debido proceso, por haber procedido la policía uniformada a efectuar diligencias a la postre determinantes para el juicio de reproche, sin previa orden del Ministerio Público, la sentencia dejó establecido el hecho contrario, al expresar en el pasaje que analiza las declaraciones del policía, que a pesar de no recordar éste haber dejado registro de su conversación con el fiscal de la causa, manifiesta, al referirse a sus entrevistas de los días once y catorce de junio, que la Fiscalía de Melipilla otorgó una orden de investigar, que se consignaron todos esos antecedentes y que se hizo una búsqueda en el kárdex policial de todas las personas conocidas por los apodos recabados, habiéndose tramitado esa orden*

*de investigar, dando origen a las conclusiones del Informe Reservado. Luego, es del caso recordar que no se vislumbra obligatorio que el fiscal a cargo del asunto haya de especificar cada uno de los pasos que el pesquisamiento debe adoptar. La venia fiscal conlleva para sus destinatarios el discernimiento de lo que, fruto de la experiencia y conocimientos especializados, se les presenta favorable para el logro de los fines propios de su misión, acorde a la naturaleza de las circunstancias a las que se van coyunturalmente enfrentando y a la luz del fin de la eficacia del debido proceso penal. A la postre, la tutela de garantías no debe conducir a los extremos de una burocracia paralizante que asfixie aquella indispensable expectativa de eficacia. Por lo tanto, los jueces no han vulnerado el artículo 19, N° 3, inciso 6°, de la Carta Fundamental (considerandos 5° y 6° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- II. *De cara a la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada –Facebook–, no puede obviarse lo que enseña la experiencia masificada ante el hecho de que, en el nivel actual de globalización y penetración del uso de la red social Facebook, tanto a nivel individual como social e institucional, resulta ser un hecho expandido el de las características básicas de su funcionamiento, entre las que interesan las relativas a las diversas configuraciones de privacidad para la información que los usuarios suben a sus cuentas personales, al punto que, según el nivel de visibilidad de su contenido que haya decidido el propio usuario, ella estará visible para un mayor o menor número de personas. Uno de esos niveles de visibilidad es el “público”, que se caracteriza por que cualquiera puede acceder libremente a semejante contenido, a diferencia del material que se publica de manera restringida para ser únicamente conocido por determinada audiencia, también definida por el titular, caso este último en que el tercero o extraño deberá efectuar una solicitud al titular para el acceso correspondiente. Así, cuando el material es incorporado a Facebook –en este caso, fotografías– bajo un perfil público, es como si se lo pusiera en un blog o en un aviso de venta a través de un sitio web, donde el usuario acepta que el que publica pueda llegar a quienquiera acceda a internet. Siendo así, el que difunde información no puede tener una razonable expectativa de privacidad sobre su contenido, cuando lo hace de la manera o el perfil público explicados. En suma, no han podido los agentes policiales vulnerar el derecho del condenado a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, porque, en las condiciones anotadas, el contenido que el recurrente había subido a Facebook no puede ser considerado como “privado”, lo que descarta su protección por la garantía del artículo 19, N° 5, de la Constitución (considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- III. *En este caso, hubo instrucción de parte de la fiscalía, lo que acarrea que los funcionarios de Carabineros que se constituyeron en el lugar y llevaron a cabo*

*algunas primeras diligencias, se hayan atendido al marco de las atribuciones que les reconoce la ley, lo que da cuenta de una dirección en la investigación por parte del organismo al que el ordenamiento entrega en forma exclusiva esa tarea, lo que descarta cualquier posibilidad de que haya habido una gestión policial independiente. Lo anterior quiere decir que en la especie la policía no procedió motu proprio al emplear el aparato celular, al valerse del set de fotografías y al indagar datos sobre quien, en esos instantes, era sindicado como responsable del ilícito penal. Por consiguiente, tampoco se divisa la infracción al artículo 83 del Código Procesal Penal (considerando 10° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: CL/JUR/954/2018*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19, N°s. 3 y 5, de la Constitución Política de la República; 83 del Código Procesal Penal.*

#### LA GARANTÍA DE INVIOABILIDAD DE TODA FORMA DE COMUNICACIÓN PRIVADA Y SU APLICACIÓN A LAS REDES SOCIALES

NATALIA DIUANA SÁNCHEZ  
*Pontificia Universidad Católica de Chile*

La segunda sala de la Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de un imputado condenado como autor de los delitos de robo con intimidación y tenencia ilegal de municiones con base en la causal prevista en el artículo 373, a), del Código Procesal Penal (CPP), la cual establece que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia cuando se hubieren infringido sustancialmente, en cualquier etapa del procedimiento, los derechos o garantías asegurados en la Constitución y los tratados internacionales vigentes. Asimismo, en carácter de subsidiario, en este recurso se invocó la causal prevista en el artículo 374, e), en relación con los artículos 342, c), y 297, todos del CPP; no obstante, se entendió abandonada dicha causal por cuanto la defensa manifestó en estrados que no haría alegaciones a su respecto, entendiendo la Segunda Sala que, si bien el artículo 358 del CPP se refiere a la inasistencia del defensor, este principio es extensible al caso en que, aunque la defensa asistió a la audiencia, fue para referirse únicamente a una de las dos causales planteadas en la redacción del recurso.

La causal principal en este recurso se sustenta en la infracción a dos garantías constitucionales. La primera de ellas fundada en que la policía habría actuado en forma autónoma, sin contar con la debida instrucción del Ministerio Público,

conforme a lo dispuesto en el artículo 80 del CPP, lo que constituiría una clara infracción al derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 19, N° 3, de la Constitución Política de la República de Chile (CPR), y la segunda aduce la obtención de fotografías por parte de la policía desde el perfil del imputado en la red social Facebook, lo que, según sostiene la defensa, implicaría una vulneración a la garantía de inviolabilidad de comunicaciones privadas, contemplada en el artículo 19, N° 3, de la CPR. Si bien esta causal alude claramente a dos infracciones distintas, según se desprende del fallo, la defensa pareciera a veces confundir en el libelo del recurso ambos argumentos, sustentando éstos en que los jueces del Tribunal Oral en lo Penal (TOP), para tener por acreditada la participación del imputado, apreciaron como relevante la declaración de un funcionario policial, quien llevó a cabo diligencias sin contar con instrucciones del Fiscal y que, pese a que posteriormente aquél recibió instrucciones de carácter general, éstas en caso alguno le autorizaban a realizar maniobras intrusivas en la red social Facebook. Así, no queda del todo claro si la infracción a la inviolabilidad de comunicaciones privadas se sostiene por sí misma o se plantea como una mera consecuencia de la falta de instrucción concreta y previa del fiscal, problema que también advierte el fallo y del cual se hace cargo, manifestando algunas contradicciones que surgen a partir del modo difuso en que se plantean ambas infracciones.

Si bien el presente cometario se va a concentrar principalmente en la garantía inviolabilidad de comunicaciones privadas en las redes sociales, al plantearse esta causal en directa relación con la infracción a otra garantía, el debido proceso, es importante aclarar que el fallo en comento descarta esta última por una simple razón: en la sentencia condenatoria, el TOP dejó constancia de que adquirió convicción suficiente para establecer, contrario a lo que sostiene la defensa, que sí existió una instrucción previa por parte del Ministerio Público, instrucción que fue entregada en forma verbal y que se consignó al día siguiente en una orden de investigar.

En ese entendido, teniendo por acreditado que sí existió una instrucción previa, este argumento planteado por la defensa no admite mayor análisis, mas si resulta interesante destacar el criterio de la corte sobre el alcance que tienen las instrucciones que los fiscales entregan a las policías, estableciendo que no es obligatorio para aquéllos especificar “cada uno de los pasos” que la policía debe adoptar en una investigación, aludiendo con ello a que “la tutela de garantías no debe conducir a los extremos de una burocracia paralizante que asfixie aquella indispensable expectativa de eficacia”. Esto último da cuenta de que, si bien existe la necesidad de una instrucción previa por parte del fiscal que en forma exclusiva dirige la investigación, ésta debe apuntar más bien a un objetivo concreto, antes que a una indicación exhaustiva de cada una de las actuaciones concretas y predeterminadas que la policía debe llevar a cabo para conseguirlo, reconociendo, de esta forma, un atisbo de autonomía en las policías, al menos con relación al proceder de éstas

una vez que reciben un instrucción<sup>1</sup>. Asimismo, y pese a que la discusión en esta materia se limitó a los argumentos recién expuestos, otro tema interesante a debatir habría sido el cumplimiento del deber de registro del Ministerio Público, previsto en el artículo 227 del CPP, considerando que éste le impone la obligación de dejar constancia de las actuaciones que realizare tan pronto tuvieren lugar, pudiendo así cuestionarse, en este caso, si la constancia de la instrucción verbal al funcionario policial en la orden de investigar, que se entrega recién al día siguiente, es suficiente para satisfacer este mandato legal.

Habiendo la corte desestimado el argumento de infracción a la garantía de debido proceso, confusamente planteado por la defensa en relación con la garantía de inviolabilidad de comunicaciones privadas, es posible centrar ahora el análisis en esta última. En una redacción bastante vanguardista, el término “toda forma de comunicación”, utilizado por el legislador en el artículo 19, N° 5, de la CPR, fue incluido expreso con la finalidad de establecer un concepto lo suficientemente amplio, que se adaptara fácilmente a las nuevas tecnologías, lo que permitió que actualmente esta garantía cubriera plenamente nuevas formas de comunicaciones, como son los correos electrónicos, los sistemas de mensajería y las redes sociales, entre otras. En este sentido, el Tribunal Constitucional señaló en uno de sus fallos que la expresión “comunicación” “comprende todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico”<sup>2</sup>.

En relación a esta infracción, la defensa sostuvo en el recurso que la información incluida en la red social Facebook por el titular de la cuenta, en este caso es el condenado, sólo es pública en la medida en que exista consentimiento de este último, otorgándole así a toda publicación efectuada en esta red social el carácter de privada, argumento que fue correctamente desestimado en el considerando séptimo del fallo en comentario. Este último sostiene que, por las características propias de las nuevas redes sociales, para establecer si existe vulneración a la privacidad resulta indispensable establecer cuál es el perfil de privacidad que estableció el usuario, entendiendo de esta forma que, a través de esta configuración, el titular de la cuenta es quien otorga a la información que sube a la red el carácter de pública o privada. Así, la corte concluye en este caso que el imputado, al incorporar fotografías a Facebook bajo un perfil público, acepta que esta información pueda llegar a cualquiera que acceda a internet, postura que ya había manifestado la

---

<sup>1</sup> En la práctica esto ocurre con las “órdenes de investigar” que envían los fiscales a las policías, las que otorgan cierta autonomía a estas últimas en las actuaciones de investigación en pos de un objetivo determinado, a diferencia de lo que ocurre con las “instrucciones particulares”, que instruyen la realización de diligencias específicas y concretas de investigación.

<sup>2</sup> Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia rol N° 2123-2011. Considerando vigésimo tercero.

Segunda Sala en otros fallos<sup>3</sup>. La lógica detrás de este criterio es que el sujeto, al subir información a un perfil público, sin perjuicio de que ésta vaya dirigida expresamente a una o más personas determinadas, ciertamente está renunciando a mantener esta comunicación en la esfera de su privacidad.

Si bien no es el caso del fallo objeto del comentario, la discusión se torna más interesante en aquellos casos en que la publicación se efectúa existiendo una configuración de privacidad por parte del usuario de la cuenta, caso en que la pregunta que cabe formular es si quien utiliza dicha información es uno de destinatarios del mensaje, en este caso “amigo” en Facebook o es un tercero totalmente ajeno a éste. En el primer caso, si bien no está expresamente regulado, la doctrina y jurisprudencia ha entendido que el destinatario del mensaje en el acto de comunicación está legítimamente facultado para disponer de esta información, máxime en el contexto de una investigación penal, pudiendo acompañar dicho antecedente sin que se genere mayor cuestionamiento, ya que éste no tiene obligación alguna de secreto, salvo aquellas personas a quienes expresamente obliga la ley a guardar secreto, como ocurre con los abogados en el artículo 231 del Código Penal (CP) o con otros profesionales por los secretos que se les hubiesen confiado en razón de su profesión, en el artículo 247, inciso 2°, CP<sup>4</sup>.

Por el contrario, en el caso de terceros no vinculados al usuario, de una red social, que utilizan o acceden a información publicada en un perfil privado, ciertamente estaríamos ante una vulneración a la garantía de comunicación privada. Es por ello que, en el contexto de una investigación penal, para poder acceder o usar dicha información legitimante es necesario obrar conforme a lo dispuesto en el artículo 218 del CPP, norma que, si bien utiliza la expresión “correspondencia de otra clase”, debe entenderse en un sentido amplio, haciéndola extensible a las comunicaciones que se llevan a cabo por medio de redes sociales, todo esto bajo el entendimiento de que el sentido propio de esta norma es proteger la privacidad propia de las comunicaciones por escrito entre dos o más personas. En efecto, las redes sociales son un medio de comunicación que se caracteriza por contar con la posibilidad de destinar el mensaje a un público abierto o determinado de personas, siendo este último supuesto el que está sujeto a protección. Dicho esto, para acceder a la información publicada, enviada o recibida por un imputado en un perfil privado de redes sociales, el fiscal debiera solicitar, previamente, autorización judicial.

Finalmente, las consecuencias que podrían derivar de esta infracción a la garantía de inviolabilidad de comunicaciones privadas no sólo tienen un alcance procesal, sino que también podrían implicar cierta responsabilidad penal de quienes

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Chile, Segunda Sala (Penal). Sentencia rol N° 3-2017. Considerando cuarto.

<sup>4</sup> HORVITZ, María Inés, y LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, (Santiago, 2004), pp. 125 y 126.

participan en la obtención ilícita de esta información. En materia procesal, el juez de garantía debiera inutilizar dicha diligencia desde el inicio del proceso penal, por ejemplo, en discusiones en torno a legalidad de la detención o medidas cautelares personales. Además, dicha diligencia debe ser desestimada como prueba en la correspondiente audiencia de preparación de juicio oral y, en caso de que ello no ocurra, esta prueba no debiera ser considerada en la sentencia, a riesgo de que se configure precisamente la causal de nulidad que en este fallo fue invocada por la defensa. En cuanto a la eventual responsabilidad penal de los funcionarios policiales o terceros que accedan o aporten estas comunicaciones privadas a la investigación, éstos podrían incurrir en los delitos previstos el artículo 161 A del CP o en los delitos contemplados en los artículos 2° y 4° de la Ley de Delitos Informáticos (N° 19.223), que en términos generales sancionan a quienes acceden indebidamente a información privada o la difunden. En principio, todas estas sanciones, procesales y penales, resultan perfectamente aplicables a la vulneración de privacidad respecto de información publicada en un perfil privado de redes sociales, a diferencia de lo que ocurre con la información de un perfil público, que, por ser considerada información pública, escapa a la legítima expectativa de privacidad del usuario y, en consecuencia, a la protección que a esta garantía constitucional otorga nuestro ordenamiento jurídico.

#### CORTE SUPREMA:

Santiago, veintiocho de febrero de dos mil dieciocho.

#### VISTOS:

En esta causa 1600853365-6, RIT O-142-2.017 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, el defensor penal público Mauricio Riveaud Ortiz, en representación de Miguel Ángel Cerón Cerón, recurre de nulidad contra la sentencia que aquella judicatura dictó el tres de enero de este año, que condenó a Cerón a las penas de seis años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito consumado de robo con intimidación,

y de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena, como autor de un delito consumado de tenencia ilegal de municiones, solicitando que, por haberse incurrido en el motivo de ineficacia que consagra el artículo 373, a), del Código Procesal Penal, se anule el juicio oral y la sentencia, se disponga excluir las probanzas obtenidas con infracción de las garantías fundamentales que singulariza y ordene remitir los antecedentes a un tribunal no inhabilitado que convoque a una nueva audiencia de juicio oral, pidiendo subsidiariamente otro tanto, con fundamento en la causal del artículo 374, e), vinculado con el 342, c), y el 297 del citado cuerpo de leyes, con el objetivo esta vez de que se realice

un nuevo juicio oral, igualmente ante tribunal no inhabilitado.

Se procedió a la vista del recurso en audiencia de ocho del actual, con la presencia de los intervinientes de rigor, habiéndose acordado el asunto y fijado la lectura de la decisión para la audiencia de esta fecha.

Y TENIENDO PRESENTE QUE:

1°.- La conducta enjuiciada y sancionada está descrita por los jueces en los siguientes términos: “el día siete de junio del año 2016, siendo aproximadamente las 21:35 horas, en circunstancias que la víctima don José Eduardo Aguilar Oyarce mantenía estacionado el vehículo tipo Station Wagon, marca Hyundai, modelo Santa Fe, Placa Patente Única DLHX-59 en la vía pública, esto es, en calle Correa frente al número 388 en la ciudad de Melipilla y en los precisos instantes en que la víctima se disponía a subirse a dicho vehículo fue interceptado por el acusado Miguel Ángel Cerón Cerón y Mauricio Jesús Ramírez Cáceres, quienes actuaron acompañados del menor de edad exento de responsabilidad penal de iniciales A.I.M.C., de 13 años de edad, en estas circunstancias el acusado Cerón Cerón intimida a la víctima Aguilar Oyarce con un objeto con apariencia de arma de fuego corta tipo revólver, apuntándola en su estómago, exigiéndole la entrega de las llaves de dicho vehículo, mientras que los otros dos sujetos procedieron a registrar las vestimentas de la víctima, sustrayéndole de esta forma con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, entre otras especies, las llaves del vehículo, una billetera, un control remoto

y un celular marca Sony modelo Xperia color negro, para luego los imputados huir del lugar a bordo del vehículo de la víctima, siendo conducido éste por el acusado Miguel Angel Cerón Cerón, dicho vehículo mantenía en su interior otra serie de especies de propiedad de la víctima tales como: una chaqueta nueva talla M de pluma color verde negro gris tipo mimetizada, una chaqueta de montaña material Gorotex color calipso con gorro, un pantalón de mujer diseño mimetismo color café claro verde y gris entre otras especies, especies avaluadas por la víctima en la suma total de \$ 12.500.000” (considerando 2°).

2°.- Ante la solicitud de absolución elevada por la defensa, que esgrimió la falta de antecedentes necesarios para tener por comprobada la participación de Cerón en los hechos, el tribunal sostiene que, por el contrario, al analizar la prueba llega a la conclusión de otorgar valor a la manera en que el cabo de Carabineros Allel Moreno procesó la información que recabó, logrando producir en los jueces convicción en punto a que informó oportunamente de sus investigaciones al fiscal del caso, cuyas instrucciones recibió y cumplió, instrucciones que el policía dijo le fueron proporcionadas verbalmente y que de ellas dejó constancia en la orden del día siguiente, aspecto éste que adquiere importancia a la hora de encarar la crítica que aquí se ventila.

Por otra parte, los jueces expresan que fue el propio Cerón el que admitió haber tenido en su poder las prendas de vestir reclamadas por la víctima como de su propiedad y que le habían

sido robadas cuando se le sustrajo su vehículo motorizado; y que esas prendas se las había regalado un tío de nombre Luis. Llamaron la atención acerca de la incomparecencia de Cerón a la audiencia para explicar el origen de esas especies, cuanto más si un testigo de la víctima las identifica en poder de ésta por alrededor de diez años, precisando que se encuentra discontinuada la producción y venta de una de las chaquetas en referencia, por lo que no se la halla en el mercado.

Concluyen en este aspecto los juzgadores que queda descartada la existencia de duda razonable, lo que permite reafirmar la tesis de la Fiscalía, por cuanto, valorada la prueba según exige el artículo 297 del código, los hechos ocurrieron como el propio fallo los presenta y en ellos cupo participación culpable al acusado.

3°.- El recurso de nulidad explica, de la manera que pasa a reseñarse, la causal del artículo 373, a).

Se queja de que los funcionarios policiales hayan ejecutado diligencias de investigación sin contar con instrucción u orden del fiscal de la causa, principalmente en cuanto a las de carácter intrusivo, como la consistente en haber accedido a la cuenta de Facebook del condenado, sin su consentimiento, para obtener de esa fotografías de su propiedad, que luego utilizaron en su perjuicio, durante el curso de la investigación inconsulta que siguieron en su contra.

En el desarrollo de esos defectos, explica el libelo de anulación que para tener por acreditada la participación los jueces apreciaron relevante la declaración del funcionario Allel Moreno, que

llevó a cabo diligencias entre los días once y catorce de junio de dos mil seis, es decir, los cuatro primeros días a partir del control de identidad, inicialmente sin contar con instrucciones del fiscal y, posteriormente, habiendo obtenido una suya de carácter general, que en caso alguno autorizaba maniobras intrusivas en la red social Facebook de Cerón. Esto importa vulneración de artículos como el 79, 83, 180, 181 y 227 del Código Procesal Penal; el 79, porque radica las tareas de investigación en el Ministerio Público, a través de instrucciones que dirige a las policías; el 83, que establece las actuaciones o diligencias que éstas pueden realizar sin necesidad de orden previa, las que de una u otra forma se relacionan con la flagrancia del artículo 130 de ese cuerpo de leyes; el 180, que expresamente indica que los fiscales dirigen la investigación; el 181, según el que la investigación persigue consignar y asegurar todo cuanto conduzca a la comprobación del hecho y a la identidad de los partícipes, lo que impele a hacer constar el estado de las personas, identificando a los testigos y recibiendo sus declaraciones; el 227, que manda registrar las actuaciones del Ministerio Público, tan pronto como tengan lugar, procurando utilizar medios garantes de la fidelidad e integridad de la información.

Volviendo sobre la viciada invasión de Facebook, el libelo de nulidad puntualiza que la información incluida en esa plataforma por el titular de la cuenta es pública únicamente si media consentimiento del mismo.

Corroborando la ilicitud del procedimiento investigativo policial, porque

ello permitió generar elementos probatorios ilegales, como quiera que en su parte sustancial y decisoria el diligenciamiento quedó entregado al arbitrio de agentes estatales diversos de aquellos en quienes el ordenamiento radica su dirección y responsabilidad, ajenos a la vinculatoriedad del principio de objetividad que es de rigor en el Ministerio Público, causando un procedimiento irracional e injusto que transgrede la garantía del artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la Constitución Política de la República. En la vertiente de la plataforma Facebook, llama especialmente la atención que los agentes que desde esa fuente obtuvieron las fotografías sin el conocimiento ni el consentimiento del propietario y menos con una orden específica, actuaron abiertamente contra la regulación existente para ese tipo de operación.

Como conclusión de esta primera causal, el recurrente pide que se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponde para que disponga se efectúe un nuevo juicio oral en que se conozca la acusación fiscal sin la prueba de cargo de los testigos Francisco Allel Moreno, Jorge Duguet Mardones, Jorge Eduardo Riveros Díaz, Ángelo Andrés Bello Arévalo, Isaac García Sáez y Freddy Álvarez Sandoval; ni el set de trece fotografías a color del Informe N° 433 de la Sección Investigaciones Policiales de la 24° Comisaría de Melipilla, datado veintinueve de junio de dos mil dieciséis.

4°.- En lo que hace a la causal subsidiaria del artículo 374, e), en relación con los 342, c), y 297 del código proce-

sal, el escrito que pide la declaración de ineficacia de la resolución en análisis se refiere a las actuaciones ilegítimas de la investigación, como secuela de los vicios que ha venido detallando, con la agravante de haber sido positivamente acogidas y apreciadas en la sentencia que se ataca. Así, critica que se haya valorado positivamente la declaración de Allel, no obstante los defectos más arriba señalados; igualmente, que hayan validado la indebida invasión de la cuenta Facebook de Cerón, lo que se tradujo, a la postre, en haberse valorado prueba producida en la audiencia de juicio oral en forma contraria a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, puesto que, sin forzarlos, no pudieron tener por establecido el hecho punible y la autoría en él del impugnante.

Reclama atentado contra el principio de la razón suficiente, uno de los padrones fundamentales de la lógica formal; lo hace a través de tres aristas. Primero, carece de sustento la afirmación de los jurisconsultos en orden a que la víctima dio una descripción previa del imputado. Segundo, no tiene fundamento de razón la aseveración de los jueces en cuanto a que hubo terceros que informaron sobre la identidad de tres sujetos que habrían descendido del vehículo sustraído. Tercero, tampoco el aserto según el cual existió instrucción previa de parte del Ministerio Público para proceder a las diligencias investigativas. Termina solicitando se anule el juicio y la sentencia y se disponga la realización de un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado.

5°.- En lo que atañe a la vulneración de la garantía del debido proceso, por haber procedido la policía uniformada a efectuar diligencias a la postre determinantes para el juicio de reproche, sin previa orden del Ministerio Público, debe partirse de la base de que la sentencia dejó establecido el hecho contrario, al expresar en su fundamento 10°, en el pasaje que analiza las declaraciones del policía Allel, que a pesar de no recordar éste haber dejado registro de su conversación con el fiscal de la causa, manifiesta, al referirse a sus entrevistas de los días once y catorce de junio, que la Fiscalía de Melipilla otorgó una orden de investigar, que se consignó todos esos antecedentes y que se hizo una búsqueda en el kárdex policial de todas las personas conocidas por los apodos recabados, habiéndose tramitado esa orden de investigar, dando origen a las conclusiones del Informe Reservado N° 433, de veintinueve del mismo mes. Agregan los juzgadores que aparece creíble el cabo Allel cuando dice haber entendido que esa orden de investigar, con las características mencionadas, quedaba contenida en la instrucción particular que el quince de junio dio la fiscalía para esclarecer el hecho investigado y determinar la participación de los culpables. Así, el fallo explicita la impresión favorable que en el tribunal produjeron las respuestas que Allel fue dando a los requerimientos de la defensa, en cuanto a su credibilidad, de lo que sigue que no sólo se haya tenido por establecido que tuvo conversación con el persecutor, sino, además, que recibió las instrucciones que figuran en la referida orden, del día siguiente.

6°.- Asumido ese dato fundamental, es del caso recordar que no se vislumbra obligatorio que el fiscal a cargo del asunto haya de especificar cada uno de los pasos que el pesquisamiento debe adoptar. La venia fiscal conlleva para sus destinatarios el discernimiento de lo que, fruto de la experiencia y conocimientos especializados, se les presenta favorable para el logro de los fines propios de su misión, acorde a la naturaleza de las circunstancias a las que se van coyunturalmente enfrentando y a la luz del fin de la eficacia del debido proceso penal. A la postre, la tutela de garantías no debe conducir a los extremos de una burocracia paralizante que asfixie aquella indispensable expectativa de eficacia.

Por lo tanto, los jueces no han vulnerado el artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la carta fundamental.

7°.- De cara a la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada –Facebook–, no puede obviarse lo que enseña la experiencia masificada de cara a que, en el nivel actual de globalización y penetración del uso de la red social Facebook, tanto a nivel individual como social e institucional, resulta ser un hecho expandido el de las características básicas de su funcionamiento, entre las que interesan las relativas a las diversas configuraciones de privacidad para la información que los usuarios suben a sus cuentas personales, al punto que, según el nivel de visibilidad de su contenido que haya decidido el propio usuario, ella estará visible para un mayor o menor número de personas. Uno de esos niveles de visibilidad es el “público”, que se caracteriza porque

cualquiera puede acceder libremente a semejante contenido, a diferencia del material que se publica de manera restringida para ser únicamente conocido por determinada audiencia, también definida por el titular, caso este último en que el tercero o extraño deberá efectuar una solicitud al titular para el acceso correspondiente.

Así, cuando el material es incorporado a Facebook –en este caso, fotografías– bajo un perfil público, es como si se lo pusiera en un *blog* o en un aviso de venta a través de un sitio web, donde el usuario acepta que el que publica pueda llegar a quienquiera acceda a internet.

Siendo así, el que difunde información no puede tener una razonable expectativa de privacidad sobre su contenido, cuando lo hace de la manera o el perfil público explicados.

En suma, no han podido los agentes policiales vulnerar el derecho del condenado a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, porque, en las condiciones anotadas, el contenido que el recurrente había subido a Facebook no puede ser considerado como “privado”, lo que descarta su protección por la garantía del artículo 19, N° 5, del texto constitucional.

8°.- En otro prisma del mismo tema, centrado esta vez en la impertinencia de la actuación autónoma de las policías, al haber recabado información de Facebook sin una orden particular de la fiscalía que así lo instruyera, cabe evidenciar que tal postulado no congenia con lo que viene de expresarse, por cuanto si el recurrente arguye que su diligencia estaría legitimada en caso de

haber contado los policías con la expresa instrucción del Ministerio Público, está aceptando que no es la actuación policial, considerada en sí misma, la que privó, restringió o perturbó el ejercicio del superior derecho resguardado.

9°.- En el terreno de las vulneraciones de ley relacionadas con la prohibición de pesquisas policiales desligadas del control de garantía jurisdiccional, no puede ocultarse el equilibrio que dimana del artículo 80 del Código Procesal Penal, que regula las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles, entregándole cierto nivel de autonomía para el desarrollo de las gestiones que tiendan al éxito de su labor, pero tal regulación incluye siempre como criterio general que se encuentre sujeta a la dirección y responsabilidad, bien sea del Ministerio Público, bien de los tribunales.

El artículo 83 del código establece expresamente el marco regulador de esa actuación, cuando no existe orden previa o instrucción particular de los contralores, situación en que tolera la acción autónoma, entre otros casos para practicar la detención en flagrancia, identificar testigos, consignar sus primeras declaraciones y demases. Las especies comprendidas en el artículo 83 dan cuenta de que la regla general es que la policía realice las diligencias investigativas bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y que sólo como excepción las encare autónomamente, cuando se trata de la ejecución de cometidos determinados y específicos, delimitados por el legislador que, naturalmente, procura reducir al máximo

la discrecionalidad del quehacer policial en una normación que intenta conciliar una efectiva persecución, por una parte, con el respeto de los derechos ciudadanos, por la otra. La preceptiva establece en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación, al órgano encargado por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado.

10°.- Dicho ha quedado que hubo instrucción de parte de la fiscalía, lo que acarrea que los funcionarios de Carabineros que se constituyeron en el lugar y llevaron a cabo algunas primeras diligencias, se hayan atendido al marco de las atribuciones que les reconoce la ley, lo que da cuenta de una dirección en la investigación por parte del organismo al que el ordenamiento entrega en forma exclusiva esa tarea, lo que descarta cualquier posibilidad de que haya habido una gestión policial independiente.

Lo anterior quiere decir que en la especie la policía no procedió *motu proprio* al emplear el aparato celular, al valerse del set de fotografías y al indagar datos sobre quien, en esos instantes, era sindicado como responsable del ilícito penal.

Por consiguiente, tampoco se divisa la infracción al artículo 83 del código, también reclamada por el recurrente.

11°.- Para terminar el estudio de la causal de nulidad esgrimida de manera principal, debe observarse que las restantes vulneraciones de ley no han quedado explicadas en el libelo corres-

pondiente, esto es, éste carece de toda explicación relativa a la manera en que se habría producido el yerro en la aplicación o no aplicación de los artículos 91, 93, 193, 194, 195 y 196 del Código Procesal Penal. Respecto de los preceptos 181 y 227 del mismo código, se limita a mencionarlos y dar brevísima cuenta de lo que consignan, sin que respecto de todas estas normas esta corte juzgue cumplida la exigencia del artículo 378 del estatuto en permanente referencia, lo que hace inútiles otros desarrollos a sus respetos.

Sigue la necesaria desestimación de la primera causal.

12°.- El recurso contiene una causal subsidiaria, a saber, la del artículo 374, e), en relación con el 342, c), y el 297, todos del Código Procesal Penal.

De entrada es dable hacer constar que en la audiencia ante esta corte, llevada a cabo para conocer el recurso de nulidad sobre el que esta sentencia se pronuncia, la abogada defensora de Cerón manifestó en estrados que: “Existe una causal subsidiaria, señorías excelentísimas, que dice relación con la vulneración al principio de razón suficiente, pero, analizados los antecedentes, esta defensa no hará mayores alegaciones al respecto” (Pista 1067-2018-180208-00-02-Alegato DPP, minuto 10:08 a 10:21), lo que adquiere importancia si se tiene en cuenta la regla del artículo 358 del código, que asigna el efecto procesal del abandono a la incomparecencia del abogado del impugnante a la audiencia correspondiente; aun cuando la norma se refiere a la inasistencia del defensor, creen estos

jueces que el principio es razonablemente extensible a una situación como la presente, en la que, si bien se contó en la audiencia con la presencia de defensor, lo fue únicamente para referirse y bregar por una de las dos causales de nulidad impetradas, lo que hace que, a la postre, con la otra ocurra parecido a si no hubiese comparecido físicamente.

13°.- A pesar que lo anterior es por sí solo suficientemente decidor, no parece estar de más una palabra sobre lo que se plantea en esta segunda causal.

El único defecto que a la apreciación de la prueba atribuye el libelo recursivo, es el haber infringido el principio lógico de la razón suficiente.

Sabido es que el artículo 297 del estatuto en permanente referencia proclama que la prueba se aprecia en libertad, para incorporarle, de inmediato, el límite de no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El libelo de nulidad toca nada más el elemento “razón suficiente”, parte integral de la lógica, como defecto del fallo.

La lógica guía la razón por senderos que permiten el entendimiento entre los humanos. El conocimiento puede ser relativo a datos precisos y ciertos, evento en el cual el razonamiento consiguiente se configura con premisas igualmente ciertas que conducen, indefectiblemente, a una conclusión de ese mismo carácter. Es lo propio del razonamiento que se da en el ámbito de las ciencias exactas, *v. g.*, las matemáticas; lo que marca esta modalidad del ejercicio de la razón es que tanto las premisas como

la conclusión a que en el silogismo ésas conducen, son comprobablemente verdaderas y dan pie, por lo mismo, a un juicio descriptivo en el que de esa conclusión es susceptible predicar verdad o falsedad. Por tanto, aquí es predicable la “suficiencia” de la razón, por cuanto se basta a sí misma, en positivo o en negativo.

En otro nivel se instala el modo de razonamiento dialéctico, propio de las ciencias humanas, en el que, siendo las premisas únicamente probables, aceptables, verosímiles, no se arriba sino a una conclusión igualmente probable, verosímil. Esto implica que en presencia de un razonamiento dialéctico no sea posible hablar de la razón “suficiente”.

En el plano del desarrollo de la razón práctica, que es el inherente al derecho, no califica el principio de razón suficiente, incompatible con el *logos* de lo humano, de lo puramente razonable que no racional, de lo solamente probable que no cierto, de lo únicamente verosímil que no verdadero.

Valga lo señalado para descartar toda posibilidad que en una sentencia, prototipo de la razón práctica que bulle en la decisión jurisdiccional, haya de incurrirse en la impropiedad de exigirle “razón suficiente”.

14°.- De esa manera se tiene la falta de configuración de los dos defectos representados por el recurso, uno de modo principal y el otro subsidiario, lo que redundará en su definitivo descarte.

Consideraciones sobre la base de las cuales se rechaza el recurso de nulidad

intentado por la parte del condenado Miguel Ángel Cerón Cerón contra la sentencia dictada el tres de enero último por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, la que no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Cerda.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Carlos Künsemüller L., Andrea María Muñoz S., Carlos Cerda F., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O.

Rol N° 1067-2018.